

Anna Marek

NAPRAWIENIE SZKODY NIEMAJĄTKOWEJ W RAMACH ODPOWIEDZIALNOŚCI *EX CONTRACTU*

Compensation for non-material damage on a base of *ex contractu* regulations

Polish civil code does not includes regulation of compensation of a non-material damage, that arise of non-performance or improper performance of a contract. On a basis of EU consumer regulations, Court of Justice of the European Union made a judgement on March 12th 2003, resolving that damage incurred by a consumer should be comprehended broadly, including non-material damage, like a loss of enjoyment of the holiday. That decision opened a discussion in Polish jurisprudence, according to possibilities of compensation of non-material damage on a base of *ex contractu* regulations, especially on Article 11a of Polish Tourist Services Act. Dissemination of contracts aimed at satisfying of non-material interests of consumer makes the problem significant. Similar problems occur in regard to non-material damages caused by improper providing of medical services. Doubts arising of the lack of clear regulations allowing a claim for compensation of non-material damages combined with principle of loyalty in EU laws, lead to expressing of legislation proposals. Postulate of rational legislator and the necessity of EU-friendly interpretation leads to conclusion, that accordance of Article 471 of Polish civil code is fully justified as a base of compensation of non-material damage arising of contract obligations.

Key words: non-material damage, compensation for non-material damage, non-performance or improper performance of the contract, Council directive of 13 June 1990 on

package travel, package holidays and package tours (90/314/EEC), Judgment of the Court on 12 March 2002 in case C-168/00 Simone Leitner v. TUI Deutschland GmbH & Co.KG

Wprowadzenie

Możliwość dochodzenia zadośćuczynienia za szkodę o charakterze niemajątkowym w reżimie odpowiedzialności kontraktowej należy uznać za jedną z najbardziej doniosłych zmian prawa cywilnego na przestrzeni ostatnich lat. Zmiana ta ma charakter ewolucyjny, a doktryna prawa nie przesądza o niej w sposób jednoznaczny. Także linia orzecznicza dotycząca omawianej materii nie została jeszcze ostatecznie ukształtowana. Drogę do przemian niewątpliwie toruje unijne prawodawstwo i judykatura. Kwestia naprawienia szkody niemajątkowej wyrządzonej niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania stanowi jeden z przykładów rosnącej roli Trybunału Sprawiedliwości UE, nie tylko w zakresie wiążącej interpretacji regulacji unijnych, ale również kształtowania krajowego porządku prawnego. Efektem przyjęcia modelu harmonizacji zupełnej jest między innymi to, że coraz częściej wykładnia unijna decyduje o rozumieniu polskich przepisów, nawet tych niezwiązanych bezpośrednio ze sferą zainteresowania konkretnej regulacji unijnej¹.

Geneza problemu na gruncie polskiego prawa cywilnego

Regulacja dopuszczająca możliwość zasądzenia zadośćuczynienia w ramach odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w razie wyrządzenia szkód niemajątkowych istniała w polskim systemie prawa pod rządami kodeksu zobowiązań². Jednak nawet art. 242 k.z.³, który nakazywał do odpowiedzialności kontraktowej odpowiednie stosowanie przepisów o naprawieniu szkody wyrządzonej deliktem, traktowany był jako wyjątek od ogólnej zasady wyrażonej w art. 157 § 3 k.z. W myśl powyższej zasady, zadośćuczynienia za krzywdę moralną można było żądać jedynie „w przypadkach, przez ustawę przewidzianych”. Doktryna prawa konsekwentnie stała na stanowisku, że szkoda niematerialna musiała zostać wyrównana tylko w przypadkach przewidzianych

¹ W wyroku z dnia 9 marca 1978 r., sygn. akt C-106/77 Europejski Trybunał Sprawiedliwości zazna-
czył, że „nie do pogodzenia z wymogami wynikającymi z samej natury prawa wspólnotowego byłyby przepisy
krajowe, jak również praktyka legislacyjna, administracyjna lub sądowa, która prowadziłaby do zmniejszenia
skuteczności prawa wspólnotowego [...]”. Przyjmuje się, iż w ww. wyroku została sprecyzowana zasada pierw-
szeństwa prawa wspólnotowego, od 1 grudnia 2009 r. nazywana zasadą pierwszeństwa prawa unijnego.

² Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 października 1933 r. – Kodeks zobowiązań
(Dz.U. 1933 Nr 82, poz. 598 z późn. zm.) – dalej k.z.

³ Art. 242 k.z.: „Odszkodowanie określa się według postanowień umowy lub szczególnych prze-
pisów ustawy; w braku tychże stosuje się odpowiednio przepisy o naprawieniu szkody, wyrządzonej czynem
niedozwolonym”.

przez ustawę, w szczególności, gdy doszło do uszkodzenia ciała, wywołania rozstroju zdrowia, pozbawienia życia, pozbawienia wolności lub też obrazy czci⁴.

W kodeksie cywilnym⁵ również nie przewidziano unormowania, które umożliwiłoby dochodzenie naprawienia szkody niemajątkowej w reżimie odpowiedzialności kontraktowej. Sytuację utrudnił także brak konstrukcji prawnej pozwalającej na wysuwanie opisanych powyżej roszczeń w wyjątkowych przypadkach przewidzianych przez ustawę, czyli konstrukcji analogicznej jak tak obowiązująca wcześniej w kodeksie zobowiązań⁶. Naprawienie szkody o charakterze niemajątkowym ustawodawca przewidział jedynie w tytule VI, III księgi k.c. normującym czyny niedozwolone⁷. W związku z powyższym zdecydowana większość autorów stoi dziś na stanowisku, że roszczenie o naprawienie szkody w ramach odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nie obejmuje szkód, które miałyby charakter niemajątkowy⁸. W piśmiennictwie podkreśla się, że brak jest podstaw prawnych, aby przyznać zadośćuczynienie za krzywdy wyrządzone niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem kontraktu⁹, choć coraz częściej autorzy podnoszą, że brak jest racjonalnego uzasadnienia dla takiej dywersyfikacji rodzaju roszczeń przysługujących poszkodowanemu w zależności od podstawy ich dochodzenia¹⁰.

Pojęcie szkody niemajątkowej w prawie unijnym

Niewątpliwe znaczący wpływ na toczącą się dyskusję o możliwości dochodzenia zadośćuczynienia w reżimie odpowiedzialności kontraktowej miała dyrektywa Rady nr 90/314/EWG z dnia 13 czerwca 1990 r. w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek¹¹ oraz wydany na jej kanwie wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE (w chwili orzekania Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości) z dnia 12 marca 2002 r. w sprawie *Leitner v. TUI Deutschland*¹².

⁴ R. Longchamps de Berier, *Zobowiązania*, Poznań 1948, s. 367.

⁵ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny Dz.U. 1964 Nr 16, poz. 93 – dalej k.c.

⁶ R. Trzaskowski, *Zadośćuczynienie za krzywdę związaną z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania*, „Przegląd Sądowy” 2006, nr 5, s. 24.

⁷ A. Szpunar, *Ustalenie odszkodowania w prawie cywilnym*, Warszawa 1996, t. 1, s. 75.

⁸ F. Zoll, [w:] *System prawa prywatnego. Prawo zobowiązań – część ogólna. Suplement*, A. Olejniczak, t. 6, Warszawa 2010, s. 143; W. Czachórski, *Zobowiązania – zarys wykładu*, Warszawa 2002, s. 263–264; B. Janiszewska, *Zadośćuczynienie za krzywdę w sprawach medycznych*, „Prawo i Medycyna” 2005, nr 2, s. 98; Z. Radwański, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2001, s. 266.

⁹ M. Nesterowicz, *Zadośćuczynienie pieniężne za „zmarnowany urlop” podczas wycieczki turystycznej*, „Państwo i Prawo” 2002, nr 10, s. 75.

¹⁰ M. Safjan, *Naprawienie krzywdy majątkowej w ramach odpowiedzialności ex contractu*, [w:] *Odpowiedzialność cywilna. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Adama Szpunara*, Kraków 2004, s. 255 i n.

¹¹ Dz.Urz. WE L 158 z 23.06.1990, s. 59–64.

¹² C-168/00, *Leitner v. TUI Deutschland GmbH&Co.KG*, ECR 2002, s. I-02631.

Dyrektywa 90/314/EWG wprowadziła do unijnego porządku prawnego odpowiedzialność organizatora imprezy turystycznej za szkody wyrządzone konsumentowi w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy o usługę turystyczną¹³. Jako że zakres tematyczny i pojęciowy dyrektywy wskazuje na problematykę konsumencką, to zgodnie z filozofią przyjętą przez prawodawcę unijnego, unormowania dotyczące tej materii powinny mieć na celu zapewnienie najpełniejszej ochrony konsumenta i w takim duchu powinno się dokonywać ich interpretacji. W zgodzie z powyższą tezą pozostał Trybunał Sprawiedliwości UE, który odpowiadając na pytanie prawne sądu w Linzu, dokonał wykładni pojęcia szkody, którym to posługiwała się dyrektywa nr 90/314/EWG w art. 5 ust. 2. Trybunał uznał, że zakażenie Simone Leitner salmonellą znajdującą się w jedzeniu pochodzącym z hotelowej restauracji, skutkujące rezygnacją z wszelkich atrakcji przewidzianych w ramach podróży wakacyjnej i koniecznością rekonwalescencji stanowiło utratę przyjemności wypoczynku. Ową utratę przyjemności wypoczynku (niem. *entgangene Urlaubsfreude*, ang. *the loss of enjoyment of the holiday*) należy, zdaniem Trybunału Sprawiedliwości UE, traktować jako szkodę niemajątkową, której wystąpienie uzasadnia zasądzenie zadośćuczynienia w ramach przewidzianej w dyrektywie odpowiedzialności odszkodowawczej. Ponadto Trybunał argumentował, że brak bliższej specyfikacji rodzajów uszczerbków podlegających kompensacji w ramach odpowiedzialności odszkodowawczej, musi skutkować stosowaniem szerokiej wykładni pojęcia szkody. Dla dalszych rozważań warto zaakcentować, że Trybunał zauważył jeszcze jeden bardzo istotny problem. Mianowicie dostrzeżono, że specyfika umowy o usługę turystyczną polega w głównej mierze na tym, że jej niewykonanie lub nienależyte wykonanie będzie zazwyczaj skutkowało utratą przyjemności z wypoczynku i najczęściej będzie to jedyny uszczerbek, jaki poniesie konsument. Spostrzeżenie to *per se* prowadzi do wniosku, że niezagwarantowanie możliwości naprawienia szkody o charakterze niemajątkowej – jednocześnie będącej jedyną, jaka może wystąpić, będzie *de facto* skutkowało brakiem ochrony zasadniczego interesu konsumenta. Przedstawiona w ten sposób na gruncie europejskim potrzeba pełnej ochrony poszkodowanego także w ramach odpowiedzialności *ex contractu* doprowadziła do zrewidowania tradycyjnego stanowiska prezentowanego przez lata w polskiej doktrynie prawa¹⁴.

Pojęcie szkody niemajątkowej w polskim prawie cywilnym

Zasada lojalności obowiązująca w ramach Unii Europejskiej wszystkie państwa członkowskie zakłada między innymi obowiązek transpozycji treści wydawanych dyrektyw do krajowych porządków prawnych.

¹³ Art. 5 ust. 1 i 2 dyrektywy Rady 90/314/EWG.

¹⁴ M. Safjan, *op. cit.*, s. 276.

Spełnienie powyższego obowiązku w Polsce miała zagwarantować implementacja przepisów dyrektywy w drodze uchwalenia nowelizacji do ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych¹⁵. Problem braku regulacji umożliwiającej wysuwanie roszczeń o zadośćuczynienie w reżimie kontraktowym przy odpowiedzialności biur podróży nie został jednak tym posunięciem rozwiązany. Wręcz przeciwnie, w efekcie przeszczepiono na grunt krajowy ten sam problem interpretacyjny. Przyczyną tego stanu rzeczy jest brzmienie ust 1. art. 11a wspomnianej ustawy, która stanowi, że

Organizator turystyki odpowiada za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy o świadczenie usług turystycznych, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest spowodowane wyłącznie: 1) działaniem lub zaniechaniem klienta; 2) działaniem lub zaniechaniem osób trzecich, nieuczestniczących w wykonywaniu usług przewidzianych w umowie, jeżeli tych działań lub zaniechań nie można było przewidzieć ani uniknąć, albo 3) siłą wyższą.

W związku z taką redakcją przepisu, w ramach której ustawodawca nie posłużył się pojęciem szkody majątkowej ani niemajątkowej, nie wprowadził także pojęcia odszkodowania ani zadośćuczynienia, wątpliwości co do zakresu odpowiedzialności organizatora imprezy turystycznej zostały uwypuklone¹⁶. Jednak zgodnie z unijną zasadą lojalności, wynikającą z art. 4 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej¹⁷ należy uznać, że art. 11a krajowej ustawy powinien być interpretowany zgodnie z tzw. wykładnią proeuropejską, tzn. zgodnie z brzmieniem i celem dyrektywy, a w sytuacji, gdy doszło do badania przez Trybunał Sprawiedliwości UE jej brzmienia, także zgodnie z wynikiem tych badań¹⁸.

Powyższe tezy znalazły poparcie w orzecznictwie krajowym. Sąd Najwyższy w uchwale z 19 listopada 2010 r.¹⁹, rozstrzygając zagadnienie prawne przedstawione mu przez Sąd Okręgowy w Radomiu, stwierdził, że

Przepis art. 11a ust. 1 ustawy o usługach turystycznych może być podstawą odpowiedzialności organizatora turystyki za szkodę niemajątkową klienta w postaci tzw. zmarnowanego urlopu.

Sąd Najwyższy podkreślał, że mimo regulacji kodeksowych, które nie przewidują możliwości zasądzenia zadośćuczynienia na podstawie odpowiedzialności *ex contractu*, możliwe jest jego zasądzenie, jeżeli wynika to z przepisu szczególnego.

¹⁵ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych (tekst jedn.: Dz.U. z 2004 r. Nr 223, poz. 2268 z późn. zm.) – dalej u.u.t.

¹⁶ J. Luzak, K. Osajda, *Odpowiedzialność za zmarnowany urlop w prawie polskim*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2005, z. 2, s. 336.

¹⁷ Traktat o Unii Europejskiej podpisany dnia 7 lutego 1992 r. w Maastricht (Dz.Urz. WE C 191 z 29.07.1992, s. 1–110; wersja skonsolidowana 2012 Dz.Urz. UE C 326 z 26.10.2012, s. 13–390).

¹⁸ Uzasadnienie do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 19 listopada 2010 r., sygn. akt III CZP 79/10, nr LEX 612168.

¹⁹ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 19 listopada 2010 r., sygn. akt III CZP 79/10, nr LEX 612168.

Takim przepisem bezsprzecznie jest właśnie art. 11a u.u.t., który zgodnie z wiążącą nas wykładnią europejską stanowi podstawę dochodzenia roszczenia o naprawienie także szkody o charakterze niemajątkowym. Należy więc przyjąć, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy tworzącej tzw. pakiet usług turystycznych musi prowadzić do powstania po stronie organizatora podróży odpowiedzialności odszkodowawczej, rozumianej jak najpełniej. Wynika to z faktu, że taką konstrukcję przyjęto w dyrektywie Rady nr 90/314²⁰.

Warto w tym miejscu wspomnieć, że dla państwa członkowskiego, które w sposób niekompletny implementuje postanowienia dyrektywy, przepisy traktatowe przewidują dotkliwe sankcje²¹. Polski ustawodawca nie zdecydował się do tej pory na doprecyzowanie treści art. 11a ustawy o usługach turystycznych, wobec czego dokonywanie każdorazowo wykładni tego przepisu w oparciu o treść i cel dyrektywy Rady nr 90/314/EWG jest jedynym rozwiązaniem, które może uchronić nas przed przykrymi konsekwencjami. W doktrynie polskiego prawa cywilnego można także spotkać się z poglądem mówiącym, że wobec braku reakcji polskiego ustawodawcy na orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE, polskie sądy zmuszone są, w razie stwierdzenia, że szkoda niemajątkowa nastąpiła, zasądzać zadośćuczynienie w oparciu o reżim kontraktowy, dokonując interpretacji art. 471 k.c. w duchu art. 5 dyrektywy 90/314²². Wydaje się jednak, że takie rozumowanie jest zbyt daleko idące. Wobec implementowania dyrektywy do krajowego systemu prawa należy opowiedzieć się za możliwością zasądzenia zadośćuczynienia w przypadku wadliwego wykonania umowy o imprezę turystyczną w oparciu o proeuropejską wykładnię art. 11a ustawy o usługach turystycznych.

Znaczenie zagadnienia szkody niemajątkowej wyrządzonej niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy

Problematyka zadośćuczynienia za szkody niemajątkowe poruszana jest najczęściej w doktrynie w związku ze szkodami wyrządzonymi niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy o podróż, a więc wiąże się ją z wadliwością świadczenia usług turystycznych. Jednak ze względu na upowszechnienie dostępu do usług medycznych i komercjalizację tego obszaru rynku obok ww. sytuacji równie często spotykaną, a nierzadko o wiele dalej idącą w swych skutkach, będzie kwestia wadliwego wykonania umowy o świadczenie medyczne²³.

Zwłaszcza tutaj wyraźnie dotkliwa pozostaje kwestia braku regulacji po-

²⁰ E. Łętowska, *Europejskie prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2004, s. 332.

²¹ R. Trzaskowski, *op. cit.*, s. 28.

²² M. Nesterowicz, *Zadośćuczynienie pieniężne ex contractu i przy zbiegu z odpowiedzialnością ex delicto*, „Państwo i Prawo” 2007, nr 1, s. 25. Wydaje się, że wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 marca 2011 r., sygn. akt I CSK 372/10, nr LEX 927833 pozostający w zgodzie ze wskazaną uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 19 listopada 2010 r., umacnia tę tendencję.

²³ M. Nesterowicz, *Zadośćuczynienie pieniężne ex contractu...*, *op. cit.*, s. 24.

zwalającej na zasądzenie zadośćuczynienia dla pacjenta, któremu w wyniku nieprawidłowej diagnozy czy wadliwie prowadzonego procesu leczenia nie tylko została wyrządzona szkoda na osobie, ale który również doznał uszczerbków o charakterze niemajątkowym²⁴.

Panaceum na brak regulacji, niewprowadzonej dotychczas ani przez unormowania unijne, ani krajowe, jest koncepcja zbiegu podstaw odpowiedzialności deliktowej i kontraktowej. Metodę jej stosowania wypracowała stopniowo judykatura i doktryna, odrzucając m.in. stosowanie tzw. roszczenia mieszanego, polegającego na możliwości dokonania przez pacjenta selektywnego wyboru regulacji to z reżimu kontraktowego, to z deliktowego, w zależności od tego, która z nich stwarzała procesowo korzystniejszą sytuację dla dochodzenia roszczeń. Uznano, że koncepcja ta „rozmywała” odrębność obu podstaw²⁵.

Klasyyczna konstrukcja zbiegu podstaw odpowiedzialności odszkodowawczej pozwala na zastosowanie przepisów o zadośćuczynieniu uregulowanych wprost wśród przepisów o deliktach. Niekiedy więc poszkodowany pacjent obok roszczeń dochodzonych z umowy, wskazuje na fakt dopuszczenia się przez lekarza czynu niedozwolonego, wykazując spełnienie wymaganych przez ten reżim przesłanek. Wykazanie, że istnieją podstawy pozwalające na zakwalifikowanie naruszenia interesu niemajątkowego pacjenta jako czynu niedozwolonego, to w obecnej sytuacji bezpieczne rozwiązanie, nierzadko stosowane przez profesjonalnych pełnomocników, umożliwiające zakwalifikowanie konkretnego czynu np. jako naruszenia dóbr osobistych.

Również Sąd Najwyższy w swym orzecznictwie korzysta najczęściej ze wspomnianej konstrukcji zbiegu podstawy kontraktowej z podstawą deliktową. Jednym z najszerzej komentowanych orzeczeń dotyczących omawianej kwestii był wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 grudnia 2004 r.²⁶ Stronami tego sporu nie byli wprawdzie lekarz i pacjent, sytuacja nie dotyczyła typowych szkód na osobie wyrządzonych niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem kontraktu medycznego w ramach prywatnej praktyki lekarskiej, lecz krzywd, jakich doznała klientka, w związku z kilkukrotnym wykonaniem w sposób wadliwy, niezbędnego dla niej sprzętu ortopedycznego. Powódka, która nie mogła samodzielnie chodzić, po kilkunastu poprawkach kupionego sprzętu ortopedycznego, którego stosowanie spowodowało u niej liczne i rozległe komplikacje zdrowotne, zdecydowała się wystąpić na drogę sądową, żądając odszkodowania oraz zadośćuczynienia za doznane cierpienia. Jako podstawę prawną strona powodowa wskazała art. 471 k.c. Sąd I instancji zasądził należne powódce odszkodowanie, oddalił natomiast powództwo w pozostałym zakresie, nie mogąc dopatrzeć się podstawy prawnej dla roszczeń powódki. Sąd II instancji uznał wniesioną przez powódkę apelację co do

²⁴ E. Łętowska, *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa 1999, s. 444.

²⁵ M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność biura podróży (na marginesie dwóch orzeczeń Sądu Najwyższego)*, „Nowe Prawo” 1970, nr 5, s. 677 i n.

²⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z 17 grudnia 2004 r., sygn. akt II CK 300/04 nr LEX 146416.

niekorzystnej dla niej części wyroku za niezasadną. Argumentowano, że w przypadku odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania dłużnik odpowiada za szkodę majątkową, lecz nie ponosi odpowiedzialności za szkodę niemajątkową. Podkreślono dodatkowo, że reżim odpowiedzialności kontraktowej w ogóle nie przewiduje roszczenia o zadośćuczynienie. Sąd Najwyższy przesądził natomiast, że wprawdzie gdy roszczenie oparte jest na art. 471 k.c. to w zasadzie brak jest podstaw do przyznania zadośćuczynienia za doznaną krzywdę niemajątkową. Niemniej jednak w tym przypadku uznano sytuację za „szczególną” ponieważ osoba doświadczona kalectwem łączyła wielkie nadzieje z zawarciem przedmiotowej umowy i wierzyła w przynajmniej częściową poprawę możliwości poruszania się i zwiększenia swojej aktywności życiowej. Podkreślono, że wadliwość dostarczonych w ramach umowy protez wywołała znaczny rozmiar cierpień fizycznych i psychicznych. Wszystkie te okoliczności, zdaniem Sadu Najwyższego, uzasadniały przyjęcie, że takie nienależyte wykonanie zobowiązania można uznać jednocześnie za czyn niedozwolony, a w konsekwencji zasądzić zadośćuczynienie w związku ze zbiegiem podstaw odpowiedzialności. Zapadłe orzeczenie wywołało dyskusję, która toczy się do dzisiaj²⁷.

Wnioski *de lege lata* i postulaty *de lege ferenda*

Wobec doniosłych konsekwencji praktycznych, jakie nastrocza brak regulacji gwarantującej możliwość zasądzania zadośćuczynienia w ramach odpowiedzialności *ex contractu*, należy wskazać pewne możliwości *de lege lata*. W piśmiennictwie prawa cywilnego można spotkać się z ciekawym poglądem głoszącym, że normy wynikające z art. 445 i 448 k.c. pomimo swojego umiejscowienia w gruncie rzeczy mają ogólny charakter²⁸. Z powyższego stwierdzenia wyprowadza się możliwość stosowania tych regulacji również w ramach odpowiedzialności za zobowiązania umowne²⁹. Przedstawiciele tego stanowiska wiążą co do zasady możliwość dochodzenia zadośćuczynienia w reżimie *ex contractu* z naruszeniem dóbr osobistych³⁰. Ten odważny pogląd prezentuje daleko idącą odmienność w stosun-

²⁷ Glosy krytyczne do powyższego orzeczenia opublikowali m.in.: *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 17 grudnia 2004 r., sygn. akt II CK 300/04*: M. Nesterowicz, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2006, nr 2, s. 20; J. Jastrzębski, „Przegląd Sądowy” 2006, nr 9, s. 161; M. Ciemiński, „Przegląd Sądowy” 2007, nr 3, s. 151; P. Sobolewski, „Monitor Prawniczy” 2007, nr 24, s. 1386. Ukazały się również glosy aprobujące, m.in.: K. Osajdy, „Przegląd Sądowy” 2006, nr 9, s. 171–182; K. Warzechy, „Palestra” 2007, nr 1–2, s. 324–333; W. Borysiaka, „Palestra” 2008, nr 1–2, s. 292–301.

²⁸ M. Safjan, *op. cit.*, s. 274–275.

²⁹ M. Ciemiński, *Naprawienie uszczerbku polegającego na utraconej przyjemności z podróży*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2005, z. 2, s. 380–381.

³⁰ M. Safjan postuluje, by w każdym konkretnym przypadku dokonywać oceny naruszenia dobra osobistego przez pryzmat powiązań umownych między stronami. Zdaniem profesora ma to zagwarantować wkomponowanie elementu kompensacyjnego w ramy odpowiedzialności za zobowiązanie umowne. M. Ciemiński natomiast propaguje teorię, którą można byłoby nazwać teorią „powszechnej bezprawności” ponieważ autor nakazuje wiązać fakt niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania z naruszeniem dobra osobi-

ku do utartych praktyk i wypracowanego dorobku doktryny, która od lat przyjmuje jako zasadę, że zadośćuczynienie za szkody niemajątkowe istnieje tylko w ramach odpowiedzialności deliktowej, ewentualnie w zbiegu z odpowiedzialnością *ex contractu*³¹. Z tego względu zaprezentowany pogląd pozostaje odosobniony.

De lege ferenda ewentualnością jest wprowadzenie regulacji o charakterze ogólnym, analogicznej do przytoczonego już wcześniej art. 242 k.z.³² Takie unormowanie zostało wprowadzone w art. 99 ust. 3 szwajcarskiego kodeksu zobowiązań. Stosując wskazany przepis w drodze analogii, sądy w Szwajcarii zasądzały zadośćuczynienie także w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Zbliżonym do powyższego pomysłem jest przeniesienie art. 448 k.c. z jednoczesnym dokonaniem niezbędnych modyfikacji do części ogólnej kodeksu cywilnego. Podkreśla się, że taki zabieg legislacyjny miałby właściwie charakter techniczny, polegający jedynie na zmianie umiejscowienia normy, ale jednocześnie powodowałby rozległe skutki prawne³³.

W świetle wskazanych powyżej regulacji unijnych i orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE akcja legislacyjna jest konieczna. Jednak wobec unijnej tendencji do ujednolicania prawnej ochrony przyznawanej w obrocie konsumentkim, gdzie po jednej stronie jest osoba fizyczna, a po drugiej – profesjonalista świadczący swe usługi, także na gruncie obecnego stanu prawnego należy dostosować się do tych tendencji. Konieczność tę potęguje specyfika obrotu prawnego, w którym coraz częściej zawierane są umowy mające na celu zaspokojenie głównie niemajątkowego interesu konsumenta³⁴. Nierzadko niewywiązanie się z takiego zobowiązania przez drugą stronę umowy będzie skutkowało wyłącznie uszczerbkiem niemajątkowym. Art. 11a ustawy o usługach turystycznych, wykładany w zgodzie z brzmieniem i celem dyrektywy 90/314/EWG, jest regulacją szczególną i znajduje zastosowanie w przypadku umów o imprezę turystyczną.

W przypadku wyrządzenia szkody niemajątkowej niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem innej umowy, wobec braku *lex specialis* powinno się stosować art. 471 k.c. z uwzględnieniem unijnego, szerokiego rozumienia pojęcia szkody. W przeciwnym razie na gruncie prawa krajowego będzie umacniało się niezrozumiałe różnicowanie sytuacji nieusatsfakcjonowanego turysty i poszkodowanego pacjenta, co nie powinno mieć miejsca nie tylko ze względu na konieczność przyjęcia optyki unijnej, ale przede wszystkim ze względu na założenie racjonalnego ustawodawcy.

stego. Twierdzi on, że ocena bezprawności naruszenia jest zindywidualizowana, a w związku z tym powinna uwzględniać okoliczności, które mają istotne znaczenie dla relacji łączących strony, tzn. czynności prawne między stronami. Jako poparcie swoich tez autor podkreśla rolę wyrażenia zgody przez poszkodowanego, która uchyla bezprawność.

³¹ Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2006, s. 249.

³² M. Nesterowicz, *Zadośćuczynienie pieniężne ex contractu...*, *op. cit.*, s. 31.

³³ *Ibidem*.

³⁴ B. Gneta, *Umowa konsumencka w polskim prawie cywilnym i prywatnym międzynarodowym*, Warszawa 2013, s. 359.

